Erlangt das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil gegen die Gesellschafter Rechtskraft?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD.
LAND.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Ernst Reuter

aus Strehlen i. Schl.
Referendar am Kgl. Landgericht in Oppeln.

Approbiert am 25. Februar 1908.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1908.

31

Referent: Univ.-Professor Dr. **Oertmann.**

Meinen Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0053

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Das Wesen der Rechtskraft und die Bedeutung eines die offene Handelsgesellschaft verurteilenden rechtskräftigen Urteils 1

Erster Abschnitt.

§§ 2–6: **Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft.**

§ 2. Die juristische Persönlichkeit 4
§ 3. Die relative juristische Persönlichkeit 11
§ 4. Die römischrechtliche Sozietät 12
§ 5. Die modifizierte römischrechtliche Sozietät 13
§ 6. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand 14

Zweiter Abschnitt.

§§ 7—11: **Die Parteifrage.**

§ 7. Die gesetzlichen Bestimmungen 20

§§ 8, 9: Die Gesellschaft als materielle Partei.

§ 8. Die Parteifähigkeit des Gesellschaftsvermögens 21
§ 9. Die Parteifähigkeit ohne Rechtsfähigkeit 22

§§ 10, 11: Die Gesellschafter als materielle Partei.

§ 10. Die Theorie Wachs 25
§ 11. Der Standpunkt des Reichsgerichts 29

Dritter Abschnitt.

§§ 12, 13: **Das Ergebnis.**

§ 12. Die Bedeutung der Rechtskraft des gegen die offene Handelsgesellschaft ergangenen Urteils und seine Wirksamkeit gegenüber dem einzelnen Gesellschafter 32
§ 13. Der Mitgliederwechsel 35

Anhang.

§ 14. Die Bedeutung des den einzelnen Gesellschafter verurteilenden rechtskräftigen Erkenntnisses für die Gesellschaft 36

Literaturverzeichnis.

Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts. 1895.

Arend, Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft.

Bachmann, Der Prozeß der offenen Handelsgesellschaft. Inaug.-Dissert. Rostock 1905.

Basch, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts.

Bienhold, Über die Grenzen der subjektiven Rechtskraft nach der neuen Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Dissert. Erlangen 1899.

Binder, Stellung des Erben. Bd. 3.

Binder, Das Problem der juristischen Persönlichkeit.

Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft.

Breuer, Die Bedeutung des Urteils im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft und seine Wirksamkeit gegenüber den einzelnen Gesellschaftern. Inaug.-Dissert. Erlangen 1899.

Bunsen, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. In Buschs Zeitschrift Bd. 26 S. 200.

Burchardt, Über die Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl.

Crome, System des bürgerlichen Rechts.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.

Dernburg, Das bürgerliche Recht.

Eccius, Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 32 S. 1 bis 19 sowie Bd. 30 S. 500.

Fischer, Recht und Rechtsschutz.

Fitting, Der Reichszivilprozeß.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht.

Gareis, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Handausgabe 1900.

Gaupp-Stein, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.

Gierke, Handelsgesellschaft und bürgerliches Recht. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 19 S. 114ff.

Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit. 2. Aufl. 1902.
Gierke, Genossenschaftstheorie.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.
Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6.
v. Hahn, Die objektive Begrenzung der Rechtskraft. Inaug.-Dissert. Rostock 1902.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht.
Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
Joerges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 49 S. 140ff., Bd. 51 S. 47ff.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht.
Kohler, Substanzrecht und Wertrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 91 S. 155ff.
Kohler, Rechtsenzyklopädie.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften. In Goldschmidts Zeitschrift Bd. 30 S. 469ff. und Bd. 9 S. 31.
Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts.
Löwenwald, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl.
Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft.
Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. 1901.
Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht. Im Sächsischen Archiv für Zivilrecht und -prozeßrecht Bd. 10 S. 695ff.
Neukamp, Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Noest, Erlangt das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil Rechtskraft gegen die Gesellschafter? Inaug.-Dissert. Freiburg 1893.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl.
Oetker, Juristisches Literaturblatt. 1891.
Peikert, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, angewandt auf die bei derselben auftretenden Aufrechnungsfälle. Breslauer Dissert. Borna-Leipzig 1905.
Puchelt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 4. Aufl.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Rudolph, Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft. Breslauer Dissert. Borna-Leipzig 1905.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Schott, Das Armenrecht. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches.
Sengenwald, Begriff der offenen Handelsgesellschaft. Erlanger Dissert. Borna-Leipzig 1905.
Seuffert, Die Zivilprozeßordnung. 6. Aufl.
v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung.

Silberstein, Stellung der Gesellschafter im Prozeß der offenen Handelsgesellschaft. Inaug.-Dissert. Würzburg 1894.
Sohm, Der Gegenstand. Leipzig 1905.
Sommer in Gruchots Zeitschrift Bd. 10 S. 358ff.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl.
Stegemann in Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß. Bd. 17.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts.
Struckmann-Koch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 8. Aufl. 1901.
Sydow und **Busch,** Kommentar zur Zivilprozeßordnung.
Thöl, Das Handelsrecht.
Unger, Personengesamtheit und offene Handelsgesellschaft. In Jherings Jahrbuch Bd. 25 S. 239.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts.
Wendhausen, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß. Heidelberger Dissert. Borna-Leipzig 1907.

Einleitung.

§ 1.

Ein Zivilprozeß findet seinen regelmäßigen Abschluß durch ein richterliches Urteil. Die Bedeutung dieses Urteils wäre nur gering, wenn es lediglich die richterliche Entscheidung eines jeweiligen bürgerlichen Rechtsstreites darstellte, ohne die Fähigkeit zu besitzen, unter gewissen Voraussetzungen die Parteien an den in der Entscheidung zum Ausdruck kommenden Willen ein für allemal zu binden, ja ihn gegebenenfalls sogar mit Zwangsmaßregeln durchzusetzen. Da eine allgemeine Rechtsunsicherheit die Folge eines derartigen Zustandes wäre, hat die Rechtsordnung im Interesse der Autorität des Staates das Institut der Rechtskraft geschaffen.

Von formeller Rechtskraft spricht man, wenn das Urteil durch ein ordentliches Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar ist.

Die formelle Rechtskraft, welche durch die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Einlegung von Rechtsmitteln und die Bestimmung über die Fristen geregelt wird, ist die Voraussetzung der sogen. materiellen Rechtskraft. Mit dieser bezeichnet man die Wirkung des formell rechtskräftigen Urteils auf das unter den Parteien streitig gewesene Rechtsverhältnis.

Sie äußert sich in ihrer negativen Funktion darin, daß, falls von einer Partei eine neue Klage über den bereits rechtskräftig entschiedenen Anspruch erhoben wird, die andere die Einrede der abgeurteilten Sache, die exceptio rei judicatae hat, ein Grundsatz, den schon die Römer mit den Worten bis de eadem re ne sit actio zum Ausdruck brachten und der so schroff bei ihnen durchgeführt wurde, daß sich die exceptio rei judicatae auf

das bloße Vorhandensein eines früheren Urteils, ohne Rücksicht auf dessen Inhalt, stützte.

Die positive Bedeutung der materiellen Rechtskraft des Urteils besteht darin, daß dem Sieger im Prozesse mit dem rechtskräftigen Urteil ein unantastbares Recht zusteht, Befriedigung seines Anspruches zu verlangen und diese, falls der Beklagte sie nicht gewährt, im Wege der Zwangsvollstreckung herbeizuführen.

Es gibt freilich auch eine Rechtskraft ohne Vollstreckbarkeit, so beim Feststellungsurteil; das ausländische Urteil ist nur dann vollstreckbar, wenn die Zulässigkeit der Vollstreckbarkeit durch ein besonderes Vollstreckungsurteil ausgesprochen worden ist (§ 723 ZPO.).

Umgekehrt kann Vollstreckbarkeit ohne Rechtskraft sein. Dies ist der Fall bei den für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurteilen.

Gleichwohl ist in der Regel eine Zwangsvollstreckung ohne ein vorhergegangenes rechtskräftiges Urteil nicht möglich.

Die eben bezeichneten regelmäßigen Wirkungen der Rechtskraft sind jedoch subjektiv und objektiv begrenzt, subjektiv durch § 325 ZPO., indem daselbst der klassische Satz „res judicata jus facit inter partes“ prinzipiell bestätigt wird, objektiv durch § 322 ZPO., wonach Urteile der Rechtskraft nur insoweit fähig sind, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.[1])

---

[1]) Die ZPO. versteht unter „erhobenen Anspruch“ etwas anderes als den Anspruch im Sinne des BGB. Während mit dem Anspruch des § 194 BGB. ein bestehendes Recht auf Leistung bezeichnet wird, umfaßt der „erhobene Anspruch“ des § 322 ZPO. jedes durch den Klageantrag bezeichnete Rechtsverhältnis in seiner Wirksamkeit auf eine bestimmte Person. Daher sind der materiellen Rechtskraft unfähig alle Vorentscheidungen (Verfügungen, Beschlüsse und Zwischenurteile, welche nur Vorfragen, prozessuale oder materielle, enthalten) und diejenigen Endurteile, welche eine Verneinung des Rechtsschutzanspruches enthalten, d. h. des gegenüber dem Staat für den Fall bestehenden Anspruches auf Rechtsschutz, daß die materiellen Grundlagen der Klage begründet sein sollten. Solche Entscheidungen ergehen dann, wenn entweder das Vorhandensein der Bedingungen verneint wird, welche das Gesetz an die Gewährung des

Wenn sich demnach die subjektiven Grenzen der Rechtskraft des Urteils prinzipiell auf die Parteien erstrecken, so muß es sich bei Beurteilung der Frage, ob das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil die Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft mit seiner Rechtskraft ergreift, darum handeln, ob in einem Rechtsstreit, der mit einer offenen Handelsgesellschaft geführt wird, die offene Handelsgesellschaft als solche oder die einzelnen Gesellschafter als Partei anzusehen sind oder nicht.

Die Beantwortung dieser Frage aber hängt wesentlich davon ab, ob in der offenen Handelsgesellschaft ein Rechtssubjekt zu erblicken ist oder nicht.

Demnach ergibt sich von selbst der zunächst zu erörternde Punkt.

Rechtsschutzanspruches knüpft (z. B. auf §§ 274, 253 ZPO. begründete Klageabweisungen), oder ein Rechtsschutzinteresse für nicht vorhanden erklärt wird (Abweisung der Eigentumsklage, weil der Beklagte gar nicht im Besitz der vindizierten Sache ist, der Feststellungsklage, weil das Interesse an der alsbaldigen Feststellung nicht bewiesen ist). Die aus dem Mangel der materiellen Rechtskraft folgende Möglichkeit mehrerer Entscheidungen über denselben Rechtsschutzanspruch ist deshalb nicht bedeutsam, weil die abgewiesene Partei die Kosten eines neuen aussichtslosen Prozesses scheuen wird (vgl. Schmidt, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts; Freiherr v. Hahn, Die objektive Begrenzung der Rechtskraft, Inaug.-Diss., Rostock 1902). Die materielle Rechtskraft auf den obigen Rechtsschutzanspruch anwenden wollen u. a. Planck, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts; Gaupp-Stein, Komm. zur Reichszivilprozeßordnung; Struckmann-Koch, Komm. zur Reichszivilprozeßordnung.

Erster Abschnitt.

§ 2.

Die meisten glauben, die alte Streitfrage, ob die offene Handelsgesellschaft eine juristische Person sei, habe durch § 105 HGB. ihre Entscheidung gefunden; denn hier werde im Gegensatz zu Art. 85 altes HGB. auf den Begriff der Gesellschaft, insbesondere im Abs. 2 auf den der bürgerlichen Gesellschaft Bezug genommen. Somit sei durch § 105 HGB. die offene Handelsgesellschaft ausdrücklich für eine Form der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts erklärt und könne schon deshalb keine juristische Person sein.[1])

Der Ausdruck „Gesellschaft" an und für sich kann ein Argument gegen die Annahme einer juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht bilden, da er sich auch bei anerkannten juristischen Personen wie z. B. der Aktiengesellschaft findet.

Gierke[2]) meint jedoch, es würde ein innerer Widerspruch darin liegen, das Rechtsverhältnis einer Verbandsperson in wesentlichen Stücken durch Verweisung auf die für eine bloße Gesellschaft geltenden Regeln zu ordnen.

Zuzugeben ist zwar ohne weiteres, daß die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sich von der juristischen Person unterscheidet. Denn während der juristischen Person selbständige Rechtsfähigkeit zukommt und bei ihr die Gesellschafter sich „zu einem sozialen Organismus zusammenschließen, hinter dem ihre

---

[1]) U. A. Staub, Komm. z. HGB. 8. Aufl. zu § 105; Goldmann, Das HGB. zu § 105; Lehmann u. Ring, Das HGB. zu § 105.

[2]) Im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 116.

eigene Rechtspersönlichkeit verschwindet",[3]) ist die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein bloßes Rechtsverhältnis, Träger von Rechten und Pflichten sind lediglich die einzelnen Gesellschafter.

Trotzdem wäre es m. E. wohl möglich, das Rechtsverhältnis einer juristischen Person durch Verweisung auf die für eine Gesellschaft geltenden Regeln zu ordnen, ohne daß gerade ein innerer Widerspruch darin liegen würde, wenn man berücksichtigt, daß § 54 BGB. die Bestimmungen über die Gesellschaft auf nicht rechtsfähige Vereine für anwendbar erklärt, obwohl auch Gesellschaft und nicht rechtsfähiger Verein ihrem Wesen nach verschieden sind.[4])

Kohler[5]) ist ebenso wie Staub,[6]) Goldmann,[6]) Lehmann und Ring[6]) der Ansicht, die sudsidiäre Anwendung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die offene Handelsgesellschaft ergebe sich schon aus Art. 2 EG. z. HGB.

Staub, Goldmann, Lehmann und Ring sehen daher § 105, 2 HGB. als „selbstverständlich" an, nach Kohler dagegen

---

[3]) Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1904, S. 11.

[4]) Ebenso Dernburg, Das bürgerl. R. § 355 I, 1; Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse 2. Aufl. zu § 705 BGB.; Knoke a. a. O. Würde man Gesellschaft und nichtrechtsfähigen Verein identifizieren können, wie es vielfach geschieht (z. B. Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerl. R. auf der Grundlage des BGB. Bd. 2 Abt. 2 3. Aufl. S. 415; Crome, System des deutschen bürgerl. R. Bd. 1 1900 S. 259; Leist, Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit im künftigen Reichsrecht 1899 S. 37 Anm. 1 u. a.), so würde man § 105 HGB. sogar zugunsten einer juristischen Persönlichkeit auslegen können, indem dann in der offenen Handelsgesellschaft ein nicht rechtsfähiger Verein erblickt werden könnte, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und dem infolge besonderer reichsgesetzlicher Vorschrift juristische Persönlichkeit verliehen sein könnte. Eine solche Identität von Gesellschaft und nicht rechtsfähigem Verein kann aber nicht angenommen werden. Denn wenn sich auch beide Personenvereinigungen durch Formulierung ihrer Satzungen sehr nähern können, so wird es doch immer darauf ankommen, ob eine Personenvereinigung eine ihrem Gesamtinhalte nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung ist oder nicht (vgl. Gierke, Verein ohne Rechtsfähigkeit 2. Aufl. 1902).

[5]) Im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 204 und Rechtsenzyklopädie S. 695.

[6]) a. a. O.

ist § 105,2 HGB. nur so zu deuten, daß die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Gesellschaft subsidiär Anwendung finden sollen, obgleich die offene Handelsgesellschaft keine Gesellschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sei.

Beide Ansichten können, da sie von einer gleichen unrichtigen Voraussetzung ausgehen, nicht begründet erscheinen.

Art. 2 EG. z. HGB. erklärt nur die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Handelssachen subsidiär für anwendbar; daher mußte es ohne § 105, 2 HGB. bei der umstrittenen Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft wieder zweifelhaft erscheinen, welche Bestimmungen damit gemeint seien.

Aus § 105 HGB. allein geht also die Ablehnung der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft nicht hervor, ebensowenig freilich deren Annahme.

Es ist daher zu prüfen, ob die sonstigen die offene Handelsgesellschaft betreffenden gesetzlichen Bestimmungen auf eine Rechtssubjektivität der offenen Handelsgesellschaft schließen lassen.

Als Hauptargument für die Persönlichkeitstheorie wird § 124 HGB. angeführt, wo es im Abs. 1 heißt: „die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden". Man folgert hieraus, daß die offene Handelsgesellschaft als solche Rechte und Pflichten haben könne und somit eine von den Gesellschaftern verschiedene eigene Rechtspersönlichkeit besitze.

Bei der Beurteilung dieser Gesetzesbestimmung ist davon auszugehen, daß die Firma der offenen Handelsgesellschaft nicht die Firma einer Einzelperson, sondern nur der zusammenfassende Ausdruck für die sämtlichen Gesellschafter in ihrer Zusammengehörigkeit ist.[7]) Daher hat § 124 Abs. 1 HGB. nur die Bedeutung, daß die hier ausgesprochenen Fähigkeiten lediglich den Gesellschaftern unter dem sie alle zusammenfassenden Firmennamen zukommen.

---

[7]) vgl. Unger in Jherings Jahrb. Bd. 25 S. 253.

Ebensowenig wie man dem Einzelkaufmann, der nach § 17 HGB. unter seiner Firma sein Handelsgewerbe betreibt, eine besondere juristische Persönlichkeit beilegen kann, ebensowenig ist es nötig, dann, wenn mehrere sich für den gemeinsamen Betrieb eines Handelsgewerbes einen besonderen Namen geben, eine juristische Persönlichkeit als Trägerin dieses Namens zu konstatieren.

Ist also im Grundbuch die Firma der offenen Handelsgesellschaft eingetragen, so besagt das nichts anderes, als daß das Eigentum an dem betreffenden Grundstück den unter dem Namen der Firma zusammengefaßten Rechtssubjekten zusteht, deren Persönlichkeit man durch Einsicht ins Handelsregister feststellen kann. Eine Durchbrechung des Publizitätsprinzipes,[8]) welche darin bestehen soll, daß ohne Eintragung beim Eintritt neuer Mitglieder Eigentum erworben und ohne Löschung bei ihrem Austritt aufgegeben werde, liegt nicht vor, wenn man annimmt, daß die Firma die jedesmaligen Gesellschafter bezeichnet.

Diese Auffassung des § 124 Abs. 1 HGB. findet auch im Gesetz selbst insofern ihre Bestätigung, als der diesen Paragraphen enthaltende Titel mit „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten“ überschrieben ist.

Mit scheinbar größerem Erfolg berufen sich die Anhänger der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft auf die Bestimmungen der §§ 105 Abs. 2 HGB., 719 BGB., 124 Abs. 2 HGB., 209 KO., welche eine Sonderung des Gesellschaftsvermögens von dem Vermögen der einzelnen Gesellschafter zum Ausdruck bringen. Nach § 719 Abs. 2 BGB. ist eine Kompensation zwischen einer Gesellschaftsforderung und einer Forderung des Gesellschaftsschuldners gegen einen Gesellschafter unzulässig, durch § 124 Abs. 2 HGB. wird das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff eines Privatgläubigers der Gesellschafter entzogen und § 209 KO. ordnet im Falle der Zahlungsunfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft ein selbständiges Konkursver-

---

[8]) Dahn, Handelsrechtliche Vorträge S. 77; Gareis, Das deutsche Handelsrecht 7. Aufl. § 27; v. Sicherer, Die Genossenschaftsgesetzgebung S. 111.

fahren über das Gesellschaftsvermögen an. Man glaubt, hieraus eine Vermögensfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft ableiten zu können.

Eine solche Annahme könnte nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn die Gesellschafter das Eigentum an ihren zur Erreichung des Gesellschaftszweckes abgesonderten Vermögensanteilen verlieren würden.

Dies ist aber nicht der Fall. Der auch für die offene Handelsgesellschaft geltende § 706 BGB. spricht von den „gemeinschaftliches Eigentum" der Gesellschafter werdenden Beiträgen der Gesellschaft und erkennt somit ausdrücklich das Eigentumsrecht der Gesellschafter an ihnen an.

Hiermit steht nicht im Widerspruch, daß das Gesellschaftsvermögen durch §§ 124, 2, 135 HGB. dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters entzogen ist. Denn die Anteile der einzelnen Gesellschafter stehen in dinglicher Gebundenheit der Gemeinschaft der Gesellschafter zu,[9]) so daß ein Gesellschafter über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen gar nicht frei verfügen kann.

Während aber bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein Privatgläubiger dann die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreiben kann, wenn er einen gegen alle Gesellschafter lautenden vollstreckbaren Titel erlangt hat, ist durch § 124, 2 HGB. die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen nur auf den Fall beschränkt, wo ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel, also eine Gesellschaftsverbindlichkeit vorliegt.[10])

---

[9]) Ohne freilich Miteigentum der Gesellschafter zu werden; denn dann müßte der Gläubiger eines Gesellschafters die Möglichkeit des Zugriffs auf diesen Miteigentumsanteil haben (vgl. auch Burchardt, Über die Feststellung im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft, Leipzig 1900).

[10]) Dieser Unterschied dürfte sich in folgender Weise erklären lassen: Die Gesellschaft des bürgerl. R. vermag weder als Klägerin noch als Beklagte selbständig im Prozesse aufzutreten; es erscheinen hier vielmehr lediglich die Persönlichkeiten der Gesellschafter (die gegenteilige Ansicht vertritt Seuffert, Die ZPO. 8. Aufl. zu § 50 d. Sie ist jedoch mit Rücksicht § 736 ZPO. unhaltbar). Daher kann auch das die Gesellschaft verurteilende

Auch im Konkurse der offenen Handelsgesellschaft sind die Gesellschafter nur als Verbundene und als Träger des Gesellschaftsvermögens Gemeinschuldner. Wer die Zulässigkeit einer Mehrzahl von Gemeinschuldnern bestreitet, setzt sich in Widerspruch mit der Zulassung von anderen Konkursen durch die Rechtsordnung, z. B. des Nachlaßkonkurses.[11])

Das Hauptargument gegen die Annahme einer eigenen Rechtspersönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft bildet die Bestimmung, daß die Gesellschafter für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft als Gesamtschuldner persönlich haften (§ 128 HGB.). Diese unbeschränkte persönliche Solidarhaft, welche sich sogar auch auf die in eine offene Handelsgesellschaft neueintretenden Mitglieder bezüglich der vor ihrem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten erstreckt (§ 130 HGB.), bildet den direkten Gegensatz zur juristischen Person.

Denn die juristische Persönlichkeit eines Vereins wird er-

Erkenntnis nur auf den Namen der sämtlichen Gesellschafter lauten, und es bedarf aus demselben Grunde zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen eines gegen alle Gesellschafter gerichteten vollstreckbaren Titels (§ 736 ZPO.). Da aber auch dann „ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil" vorliegt, wenn die Gesellschafter wegen einer sonstigen Verbindlichkeit verurteilt worden sind, für welche sie, sei es vermöge eines Rechtsgeschäftes, sei es aus anderen Gründen, insbesondere infolge einer unerlaubten Handlung als Gesamtschuldner haften, so muß § 736 ZPO. ganz von selbst auch die Fälle einschließen, wo nicht eine Gesellschaftsschuld Gegenstand des die sämtlichen Gesellschafter verurteilenden Erkenntnisses ist. Bei der offenen Handelsgesellschaft dagegen tritt die Verschiedenheit von Gesellschaftsverbindlichkeit und sonstiger Verbindlichkeit aller Gesellschafter dadurch zutage, daß im ersten Falle die Gesellschaft unter ihrer Firma erscheint und infolgedessen auch das verurteilende Erkenntnis hier auf den Namen der Firma lautet. Es kann sich also bei der offenen Handelsgesellschaft dieser Unterschied auch im Zwangsvollstreckungsverfahren äußern, und deshalb bestimmt § 124 Abs. 2 HGB. im Gegensatz zu § 736 ZPO., daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ein gegen die Gesellschaft gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich ist.

[11]) vgl. Peikert, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, angewandt auf die bei derselben auftretenden Aufrechnungsfälle, Inaug.-Diss., Breslau 1905.

kennbar in der Nichthaftung der Mitglieder für die Vereins schulden.[12])

Die Solidarhaft widerspricht demnach auch der Annahme, daß die Gesellschafter als „Garanten“ [13]) oder Bürgen anzusehen wären, welche für die Gesellschaftsschuld mithaften; denn dann müßte den Gesellschaftern, wenn sie wegen der Gesellschaftsschuld von vornherein in Anspruch genommen werden, das beneficium excussionis zustehen. Ihre Haftung wäre aber in diesem Falle nicht eine primäre, wie sie durch § 128 HGB. statuiert wird, sondern eine lediglich sekundäre.

Zu Unrecht beruft man sich zum Beweise dafür, daß die Solidarhaft der Gesellschafter nicht der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft widerspreche, auf die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften als unzweifelhafte juristische Personen, bei denen ebenfalls die solidare Haftung der Genossen vorhanden sei. Denn auch hier handelt es sich um eine subsidiäre, nur im Konkursfalle der Genossenschaft zur Geltung kommende Haftung der Mitglieder.

Eccius[14]) glaubt, in der Solidarhaft deshalb keinen zwingenden Beweis gegen die juristische Persönlichkeit erblicken zu müssen, da das Prinzip der Solidarhaftung der Gesellschafter schon dann eine Ausnahme erleide, wenn ein Gesellschafter gleichzeitig Gläubiger der Gesellschaft sei.

In den Fällen, in denen ein Gesellschafter nur auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses Ansprüche gegen die Gesellschaft erhebt, z. B. Ansprüche auf Gewinn nach § 120, auf Erstattung von Auslagen nach § 110 HGB., ist eine Solidarhaftung der übrigen Gesellschafter überhaupt nicht möglich. Denn die Ansprüche der Gesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis sind auch nicht im weitesten Sinne als Gläubigerrechte anzusehen.[15])

---

[12]) vgl. Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 30 S. 500.

[13]) Kohler a. a. O.

[14]) Eccius in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 30 S. 500 und 519 III; ebenso Sicherer a. a. O. S. 114.

[15]) Staub a. a. O. S. 489 und die daselbst angegebene Literatur.

Die Solidarhaftung der Gesellschafter erleidet jedoch dann keine Ausnahme, wenn der Gesellschafter z. B. als Darlehnsgeber, Verkäufer, Zessionar eines Dritten Gläubiger der Gesellschaft wird. Denn hier steht er lediglich als Dritter der Gesellschaft gegenüber.

Freilich kann man hier dem klagenden Gesellschafter aus dem internen Gesellschaftsverhältnis die Einrede der anteilsmäßigen Beteiligung am Verlust entgegenhalten, so daß eine Verurteilung des in Anspruch genommenen Gesellschafters nur abzüglich des Teiles, für den der klagende Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage selbst haftet, wird erfolgen können.[16])

Daß in den zuletzt genannten Fällen der Gesellschafter gleichzeitig Gläubiger und Schuldner ist, wiegt nicht allzu schwer, da der Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen mit den Anteilen der übrigen Gesellschafter untrennbar verbunden ist und daher auch dadurch nicht erlöschen kann, daß sich Recht und Pflicht in einer Person gegenüberstehen.

Es besteht daher ein Unterschied zwischen der unmittelbaren Berechtigung, die dem Gesellschafter lediglich auf Grund seiner Gesellschaftereigenschaft am Gesellschaftsvermögen zusteht, und der mittelbaren, welche er dadurch erwirbt, daß er der Gesellschaft als Dritter gegenübertritt.

§ 3.

Die offene Handelsgesellschaft kann auch nicht als „relative juristische Person“ angesehen werden, ein besonders von Dahn[17]) und Gareis[18]) vertretener Standpunkt.

Wenn Dahn in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person erblickt „soweit die Firma reicht“, so gibt er wohl ein zutreffendes Bild dafür, wie die offene Handelsgesellschaft ganz äußerlich betrachtet infolge der ihr im § 124

---

[16]) vgl. Staub a. a. O. sowie Lehmann, Lehrb. d. Handelsr. S. 312.

[17]) a. a. O. S. 76.

[18]) Gareis, Das deutsche Handelsrecht S. 218; Gareis, Komm. z. HGB. (Handausgabe) 1900.

HGB. zugesprochenen Fähigkeiten im Rechtsverkehr erscheint, eine Definition ihres Wesens wird dadurch nicht gegeben.[19])

Noch weniger kann jedoch Gareis beigetreten werden, der nach außen, Dritten gegenüber eine juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft annimmt, nicht nach innen, im Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Hiernach muß das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern fremd und gleichzeitig ihnen unmittelbar zustehend erscheinen.

Diese Gegensätze: juristische Person auf der einen Seite (nach außen hin) und nichtjuristische Person auf der anderen (im Innenverhältnis) können sich unmöglich in einem Rechtsgebilde vereinen.

§ 4.

Daß die offene Handelsgesellschaft eine reine römischrechtliche Sozietät darstellt, eine zur Zeit des Bestehens des alten Handelsgesetzbuchs vielfach vertretene Ansicht,[20]) muß angesichts der neuen gesetzlichen Bestimmungen ohne weiteres abgelehnt werden.

Bei der römischrechtlichen Sozietät tritt jeder Gesellschafter sowohl nach innen, den übrigen Gesellschaftern, als nach außen, Dritten gegenüber, nur als einzelner auf.

Treten die einzelnen socii gemeinsam nach außen auf, so ist ihre Vereinigung darum noch keine Einheit. Bei der offenen Handelsgesellschaft handelt jedoch ein Gesellschafter für alle, die Gesamtheit der Gläubiger gleichmäßig berechtigend und verpflichtend.

Jedem Gesellschafter der societas gehört ferner von jedem Stücke des gemeinschaftlichen Vermögens ein Bruchteil, über

[19]) In diesem Sinne ist auch Dernburgs Bemerkung aufzufassen (Bürgerl. R. Bd. 2, 2 § 365a Anm. 2), daß die offene Handelsgesellschaft in gewissen Beziehungen wie eine juristische Person behandelt werde. Ähnlich Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht S. 119, nach dessen Ansicht „die formelle Parteifähigkeit“ darauf beruhe, daß die Gesellschaft nach außen wie eine juristische Person funktioniere, während nach innen das Gesellschaftsprinzip entscheide.

[20]) U. a. Thöl, Das Handelsrecht 3. Aufl. § 38.

den er frei verfügen kann und den sein Gläubiger in Anspruch zu nehmen berechtigt ist.

Geht ein Gesellschafter für Gemeinschaftszwecke eine Verpflichtung ein, so ist, mangels einer Vollmacht der übrigen, er allein und persönlich verpflichtet. Dagegen hat die offene Handelsgesellschaft ein Gesellschaftsvermögen, welches Sondergut ist. Die offene Handelsgesellschaft ist also eine Summe von Personen, welche nicht nur obligatorisch unter sich, sondern auch nach außen, im Verhältnis zu Dritten als aneinander gebunden gilt.[21])

§ 5.

Zu nicht weniger Bedenken gibt die Auffassung Anlaß, nach welcher die offene Handelsgesellschaft eine modifizierte römischrechtliche Sozietät ist.

So sieht Adler[22]) in der offenen Handelsgesellschaft keine Sozietät, wie sie die Römer gekannt haben, sondern eine solche, wie sie die Römer gekannt haben würden, wenn sie die echte Solidarität des nachrömischen Rechts gekannt und auf Sozietäten angewendet hätten. Aus der Solidarhaft sucht Adler die Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens zu erklären. Diese befähige den Gläubiger, jedes Vermögensstück seiner Schuldner in Anspruch zu nehmen, also auch ihre Anteile an den gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen. Daher seien ihm diese ganz verhaftet und könne er sich aus ihnen befriedigen, ohne erst die Anteile der einzelnen feststellen zu müssen. Dagegen könne der Gläubiger eines einzelnen nur dessen Anteil in Anspruch nehmen. Da ihm aber das Verhältnis der Anteile meist nicht bekannt sei, so müsse er, um diese zu ermitteln, auf Abschichtung dringen, wobei dann die gemeinschaftlichen Gläubiger vorab zu befriedigen wären.

Die Adlersche Theorie muß daran scheitern, daß sie zwar erklärt, weshalb der Privatgläubiger eines Gesellschafters von

---

[21]) vgl. Cosack, Lehrb. d. Handelsr. S. 539 5. Aufl.

[22]) Adler, Zur Entwicklungslehre und Dogmatik des Gesellschaftsrechts.

der unmittelbaren Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen ist, aber keinen Aufschluß darüber gibt, warum der einzelne Gesellschafter über seinen Anteil an den Stücken des Gesellschaftsvermögens nicht verfügen kann.[23])

Im übrigen dürfte es näher liegen, die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft auf eine Grundauffassung zurückzuführen, als deren natürliche Konsequenzen sich die rechtlichen Eigentümlichkeiten ergeben, als sie unter vielen Abänderungen dem Rahmen eines Rechtsgebildes anzupassen zu suchen, das dem Charakter der offenen Handelsgesellschaft nicht entspricht.[24])

Diese näherliegende Grundlage ist die deutschrechtliche Gemeinschaft zur gesamten Hand.

§ 6.

Dieses Rechtsprinzip, dessen Ausgangspunkt im deutschen Familienrecht zu suchen ist, beruht darauf, daß eine Personengemeinschaft ein gemeinschaftliches von dem Privatvermögen der einzelnen Gemeinschafter abgesondertes Vermögen besitzt, über welches die Gemeinschafter nur in ihrer Gesamtheit zu verfügen berechtigt sind.

Indem es vermieden wird, die Anteile der einzelnen zu fixieren und gegen einander abzugrenzen, erscheint die gesamte Hand Dritten gegenüber wie ein Individuum, während sich in allen inneren Beziehungen die Individualität der einzelnen Geltung verschafft.[25])

Eine solche Personenvereinigung ist die offene Handelsgesellschaft. Sie besitzt ein den Gesellschaftern gemeinschaftlich zustehendes Gesellschaftsvermögen, und der einzelne Gesellschafter ist weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch an den einzelnen hierzu gehörigen Gegenständen zu verfügen berechtigt (§§ 105, 2 HGB.; 718, 719 BGB.). In diesen Bestimmungen, welche für die offene Handelsgesellschaft und die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gemeinsam gelten, ist

---

[23]) vgl. auch Knoke a. a. O. S. 8.

[24]) vgl. Unger a. a. O.

[25]) vgl. Stobbe, Lehrb. des deutschen PrivR. Bd. 1 S. 433.

die Anerkennung des Grundsatzes der gesamten Hand bei beiden Rechtsinstituten enthalten. Allzuviel ist freilich hiermit für die Erkenntnis der Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft nicht gewonnen. Denn es entsteht die weitere Frage, wie man sich die Berechtigungen der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen vorzustellen hat. Drei Theorieen sind es, welche hauptsächlich im Anschluß an die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die in dieser Hinsicht augenblicklich herrschenden Meinungsverschiedenheiten zum Ausdruck bringen. Von ihnen ist auszugehen, wenn im folgenden versucht werden soll, jenes Problem bei der offenen Handelsgesellschaft zu lösen. Man unterscheidet die Theorie der geteilten Mitberechtigung, der ungeteilten Gesamtberechtigung und die Theorie von den Anteilen kraft personenrechtlichen Güterrechts.

Nach der Theorie der geteilten Mitberechtigung hat jeder Gesellschafter ein quotenmäßiges Anteilrecht, jedoch nicht am Gesellschaftsvermögen selbst, sondern an den einzelnen Stücken des Gesamthandgutes. Die Gesamthand ist eine Rechtsgemeinschaft zu ideellen Teilen, die sich aber dadurch von der römischen communio juris unterscheidet, daß dem einzelnen Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil entzogen ist.[26])

Die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung, als deren Begründer und Hauptvertreter Gierke anzusehen ist, verneint eine quotenmäßige anteilsweise Berechtigung an den gemeinschaftlichen Vermögensstücken der Gesellschaft ebenso wie eine solidarische Mitberechtigung oder Mitverpflichtung des einzelnen Gesellschafters auf das Ganze. Den Gesellschaftern in ihrer Einheit steht vielmehr ein die Substanz des ganzen Gesellschaftsvermögens ergreifendes Herrschaftsrecht zu. Der einzelne Gesellschafter besitzt zwar auch einen Anteil am Gesellschaftsvermögen. Dieser Anteil erfaßt aber nicht dessen

---

[26]) vgl. Binder, Stellung des Erben: III S. 6, 29, 34; ders., Das Problem der juristischen Persönlichkeit S. 78ff.; Laband in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 31 (Miteigentum mit variablen Quoten); Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht (Sächs. Arch. f. bürgerl. R. und Prozeß Bd. 10 S. 695); Joerges in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 49 S. 179ff.

Substanz, sondern nur dessen Wert, d. h. erschöpft sich in einem Anspruch auf den seinen Wert darstellenden Geldbetrag.[27])

Eine dritte Theorie nimmt an, daß bei den Gemeinschaften zur gesamten Hand dem einzelnen Gesellschafter zwar keine Bruchteile, aber Anteile kraft personenrechtlichen Güterrechts zuständen. Der „Anteil am Vermögen" bedeute lediglich ein personenrechtliches Verhältnis, nämlich die Mitgliedschaft in der mit Gütergemeinschaft ausgestatteten Personengemeinschaft. Kraft seiner Mitgliedschaft habe jeder Gesamtberechtigte einen Anteil an den einzelnen Vermögensgegenständen und von ihr seien Dasein und Höhe der einzelnen Anteile abhängig.[28])

Bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts liege jedoch eine Gesamtberechtigung (Gemeinschaft zur gesamten Hand) nur im Falle gemeinschaftlicher Geschäftsführung vor.

Die Theorie der geteilten Mitberechtigung kann allenfalls noch das unmittelbare An- und Abwachsen der Teilrechte an den ein- oder von dem austretenden Gesellschafter erklären, wenn man mit Laband[29]) ein Miteigentum mit variablen Quoten für zulässig hält, so daß auch ohne den Willen der Beteiligten durch die bloße Tatsache, daß ein Mitberechtigter in Wegfall kommt oder neu hinzutritt, die ideellen Teile sich jedesmal mit Notwendigkeit ändern müssen und es nur darauf ankommt, daß die einzelnen Teile jederzeit bestimmbar sind und zusammengenommen dem Ganzen entsprechen.

Nicht erklären läßt sich jedoch nach dieser Theorie die Unselbständigkeit der einzelnen Teilrechte. Denn das Wesen der Mitberechtigung besteht darin, daß jeder Mitberechtigte über seinen Anteil frei verfügen kann.[30]) Es müßte also folgerichtig

---

[27]) vgl. u. a. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 344; ders. im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 123; ders., Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 29; Crome, System des bürgerl. R. § 280 Nr. 2; Staub, Exkurs zu § 105 HGB. und die bei Oertmann a. a. O. § 704 BGB. angegebene weitere Literatur.

[28]) Sohm, Der Gegenstand, Leipzig 1905, S. 60ff. und Oertmann a. a. O.

[29]) a. a. O. S. 59.

[30]) vgl. Sohm a. a. O. S. 64.

dem einzelnen über seinen Anteil völlige Verfügungsfreiheit zustehen. Das ist aber nicht der Fall; denn das Gesetz schließt sogar gerade jede Verfügungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters über seinen Anteil ausdrücklich aus (§§ 719, 738 BGB.).

Auch die Theorie der ungeteilten Gesamtberechtigung führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. Denn wenn Gierke ein die Substanz des Gesellschaftsvermögens ergreifendes Herrschaftsrecht der in sich geeinten Personenmehrheit annimmt, so muß konsequenterweise entweder die Einheit, d. h. die Gesellschaft als solche das Gesellschaftsvermögen besitzen, und es liegt dann eine juristische Person vor, oder aber die Vielheit, dann stehen jedem einzelnen Gesellschafter Anteilrechte an den gemeinschaftlichen Vermögensgegenständen zu.

Während Gierke diese beiden Konsequenzen ablehnt, wird die von ihm gezogene durch das Gesetz nicht anerkannt; denn unser Recht kennt nur physische und juristische Personen als Subjekte von Rechten und Verbindlichkeiten, ein Drittes nicht. Sobald wir uns die Vielheit als Einheit denken, überschreiten wir die Grenzen der realen Sinnenwelt; wir tragen damit in das Recht ein Element hinein, das ihm an sich fremd ist.[31])

Der Sohmschen Theorie gebührt demgegenüber der Vorzug, wenn ihr auch nicht uneingeschränkt beigetreten werden kann. Überzeugend ist seine Identifizierung von „Anteil am Vermögen" mit der „Mitgliedschaft", nicht dagegen seine Ansicht, daß bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nur dann eine Gesamtberechtigung (Gemeinschaft zur gesamten Hand) vorliege, wenn die Geschäftsführung gemeinschaftlich sei.

Es kann zweifelhaft sein, was Sohm unter „gemeinschaftlicher Geschäftsführung" versteht, wenn er S. 66 Anm. 3 a. a. O. ausführt, „dieser Fall, daß gemeinschaftliche Geschäftsführung, d. h. Geschäftsführung im Namen aller Gesellschafter gewollt

---

[31]) Binder, Stellung des Erben a. a. O. S. 11 Anm. 13. Es kann daher auch nicht Makower (Komm. z. HGB. 12. Aufl. zu § 124) beigestimmt werden, der unter Ablehnung der juristischen Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft erklärt, § 124 HGB. ergebe ihre Rechtsfähigkeit; denn der in §§ 1, 21 BGB. vorausgesetzte Begriff der Rechtsfähigkeit habe keinen anderen Inhalt als die im § 124 einzeln aufgeführten Rechte.

ist, wird im Bürgerlichen Gesetzbuch als Regelfall vorausgesetzt (§ 709 BGB.)".

Der Ausdruck „gemeinschaftliche Geschäftsführung" und die Berufung auf § 709 BGB. lassen darauf schließen, daß er nur im Falle von § 709 BGB., also nur, wenn die Führung der Geschäfte der Gesellschaft den Gesellschaftern gemeinschaftlich zusteht, eine Gesamtberechtigung anerkennen will, andererseits kann die Wendung „gemeinschaftliche Geschäftsführung, d. h. Geschäftsführung im Namen aller Gesellschafter" darauf hindeuten, daß er seine Theorie auch auf diejenigen Fälle ausdehnen will, wo die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist (§ 710 BGB.).

Ausdrücklich von Sohm abgelehnt wird jedenfalls das Vorhandensein einer Gesamtberechtigung, wenn ein Gesellschafter allein nach außen die Geschäfte im eigenen Namen führt, so daß die Gesellschaft nur für das Innenverhältnis wirkt, ein Fall, den Sohm als „stille Gesellschaft", Dernburg[32]) als „Innengesellschaft" bezeichnet.

Es dürfte jedoch kein Grund vorliegen, die Sohm'sche Theorie der Gesamtberechtigung nicht nur bei einer Geschäftsführung eines Gesellschafters oder mehrerer Gesellschafter im Namen aller Gesellschafter, sondern auch in dem zuletzt erwähnten Falle für anwendbar zu erklären. Kann es doch nur allein darauf ankommen, ob durch die Geschäftsführung eines zur Geschäftsführung berechtigten Gesellschafters Gegenstände für die Gesellschaft erworben werden können. Unbedenklich ist dies aber schon dann anzunehmen, wenn von einem Gesellschafter der Erwerb nicht geradezu im Namen der Gesellschaft erfolgte, sondern bei ihm lediglich der Wille bestand, für die Gesellschaft zu erwerben.[33])

Unter dieser Voraussetzung steht nun kein Hindernis im Wege, auch die offene Handelsgesellschaft nach dem Prinzip der Sohm'schen Gesamtberechtigung zu beurteilen.

---

[32]) Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 § 356 Ziff. 3.

[33]) vgl. Oertmann a. a. O. zu § 718 BGB. 2b.

Die Bestimmung des Handelsgesetzbuchs, wonach jeder von mehreren Gesellschaftern, welchem die Geschäftsführung nach dem Gesellschaftsvertrage zusteht, allein zu handeln berechtigt ist (§§ 114, 115 HGB.), würde jedenfalls nach der vorstehenden Ausführung nicht entgegenstehen. Im übrigen gelten für die offene Handelsgesellschaft die für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gegebenen gesetzlichen Bestimmungen, auf die sich besonders die Theorie Sohms gründet, nämlich §§ 718, 719 BGB. Soweit aber das Handelsgesetzbuch die offene Handelsgesellschaft abweichend von der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts regelt, kann dadurch die Anwendbarkeit jenes Prinzips nicht erschüttert werden (vgl. insbesondere die Auslegung des § 124 HGB.).

Die bloße Tatsache, daß dasselbe Recht mehreren gemeinsam zusteht, läßt daher auch bei der offenen Handelsgesellschaft mit logischer Notwendigkeit Teilrechte entstehen, die im Gegensatze zu der gewöhnlichen Anteilsberechtigung sekundärer Natur sind, insofern bei der gewöhnlichen Anteilsberechtigung die Gemeinschaft aus der Tatsache der Beteiligung am gemeinschaftlichen Recht, dagegen bei der Gesamthand umgekehrt aus der anderweit bereits begründeten Gemeinschaft entstehen und mit dem Ausscheiden aus dieser verschwinden.

Zweiter Abschnitt.

§ 7.

Kehren wir an den Anfang unserer Abhandlung zurück, so ergibt sich, daß aus der hier vertretenen Auffassung der Rechtsnatur die Lösung der Parteifrage nicht folgt. Es wäre das der Fall gewesen, wenn in der offenen Handelsgesellschaft eine juristische Person gesehen worden wäre; denn dann wäre natürlicherweise diese als selbständiges Rechtssubjekt Partei und daher auch das gegen die Gesellschaft ergangene Urteil für die Gesellschafter selbst eine „res inter alios acta".[1])

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob nicht aus dem Gesetz selbst die Entscheidung der Parteifrage zu entnehmen ist. Es kämen hierfür die Worte des § 124, 1 HGB. „die offene Handelsgesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden" in Betracht.

Es mag zunächst darauf hingewiesen werden, daß diese Bestimmung im Verhältnis zu §§ 6, 17 HGB. nicht überflüssig ist. Wäre § 124, 1 nicht vorhanden, so würden zweifellos in einem Prozesse, den die offene Handelsgesellschaft als Klägerin oder Beklagte zu führen hätte, nur die Gesellschafter als einzelne — ohne Firmenname — Partei sein können, denn wenn auch § 6 HGB. erklärt, die Bestimmungen über Kaufleute seien auch auf Handelsgesellschaften anzuwenden, so könnte doch ohne jene Bestimmung die offene Handelsgesellschaft deshalb niemals unter ihrer Firma auftreten, weil § 17 HGB. das Rechtssubjekt des Kaufmanns voraussetzt und diesem durch § 17, 1 HGB. lediglich die Befugnis erteilt wird, unter einem anderen

[1]) Wach, Handb. des deutschen Zivilprozesses Bd. 1 S. 523 (1885).

als seinem bürgerlichen Namen vor Gericht aufzutreten, während die offene Handelsgesellschaft als Rechtssubjekt nicht angesehen werden kann. Der § 124 hat mit jener Bestimmung daher die Bedeutung, daß der offenen Handelsgesellschaft erst die Fähigkeit gegeben wird, als Klägerin oder Beklagte im Prozeß aufzutreten.

Enthalten nun die angeführten Worte des § 124 eine ausdrückliche gesetzliche Festsetzung der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft?

Diese Frage muß verneint[2]) werden, da es durchaus möglich erscheinen muß, daß die Gesellschafter unter der Firma der Gesellschaft, also gewissermaßen unter einem Sammelnamen klagen und verklagt werden. Dabei würden aber die Gesellschafter Subjekte der Rechtsverhältnisse sein, nur brauchten sie eben nicht bei jedem Prozesse einzeln genannt zu werden.[3])

Aus §§ 17, 171 ZPO. kann aber ebensowenig eine gesetzliche Normierung der Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft entnommen werden. Man steht also vor der Alternative, der offenen Handelsgesellschaft die Parteifähigkeit zuzuerkennen, obwohl sie nicht juristische Person ist, oder die Gesellschafter als Partei anzusehen.

§ 8.

Hellwig[4]) nimmt eine materielle Parteifähigkeit der Gesellschaft, d. h. des Gesellschaftsvermögens, welches von dem der Gesellschafter separiert ist, an. Sie sei lediglich die prozessuale Folge der materiellen Rechtssubjektivität des Gesell-

---

[2]) A. M. u. a. Puchelt, Komm. z. HGB. 4. Aufl. Anm. 6 zu A. 111; Neukamp, Komm. z. ZPO. zu § 50; Behrend, Lehrb. des Handelsrechts Bd. 1 S. 445; Bunsen, Lehrb. der ZPO. S. 117 A. 12; Schmidt, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts S. 149; Fitting, Der Reichszivilprozeß; Gaupp-Stein, Komm. z. ZPO. zu § 50 und die dort zitierte Literatur.

[3]) Ebenso Wach S. 521 und Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft S. 80.

[4]) Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 266 ff.; derselbe, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts S. 300 ff., 295.

schaftsvermögens. Dieses stelle ein selbständiges Sondervermögen dar, das zwar einer bestimmten Person gehöre und deshalb keine juristische Person sei, trotzdem aber so lange gleich einer solchen behandelt werde, als die Trennung des Sondervermögens von dem freien Vermögen dauere. Das Sondervermögen sei während der Dauer der separatio als mit selbständiger Rechtsfähigkeit ausgerüstet anzusehen.

Es mag hier dahingestellt bleiben, ob es trotz des § 17 ZPO. überhaupt noch heute derartige parteifähige Vermögensmassen gibt, für die offene Handelsgesellschaft jedenfalls muß die Theorie Hellwigs schon durch das von ihm selbst anerkannte Eigentumsrecht der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen hinfällig werden.

Eine separatio des Gesellschaftsvermögens von dem Privatvermögen der Gesellschafter liegt ohne Zweifel vor. Da aber Subjekt des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter auch während der separatio bleiben, kann von einer selbständigen Rechtsfähigkeit der Gesellschaftsvermögensmasse keine Rede sein. Ein aus dem Eigentum entspringendes unmittelbares Herrschaftsrecht der Gesellschafter über die Vermögensmasse und eine gleichzeitige selbständige Rechtsfähigkeit dieser Vermögensmasse dürfte miteinander ebensowenig zu vereinigen sein wie juristische Person und Gesellschaft in einer „relativen“ juristischen Persönlichkeit.

Entweder die Gesellschaft als solche ist Subjekt des Gesellschaftsvermögens, dann ist sie juristische Person (wie wenig diese Annahme gerechtfertigt erscheint, ist bereits erläutert worden), oder aber die Gesellschafter sind Eigentümer des Gesellschaftsvermögens, dann kann nicht gleichzeitig eine selbständige Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, d. h. nach Hellwig des Gesellschaftsvermögens, bestehen.

§ 9.

Es wird ferner die Ansicht vertreten,[5]) die offene Handelsgesellschaft sei zwar nicht rechtsfähig, ebensowenig wie sie

[5]) vgl. Rudolph, Die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft, Inaug.-Diss., Breslau 1905.

durch § 124 HGB. ausdrücklich für parteifähig erklärt sei, gleichwohl aber komme ihr Parteifähigkeit zu, indem da on ausgegangen wird, daß Rechtsfähigkeit keine notwendige Voraussetzung für Parteifähigkeit sei.

Da die Parteifähigkeit nur ein abgeleiteter Begriff ist,[6]) so kommt es zunächst darauf an, zu entscheiden, ob eine derartige Annahme mit den Grundsätzen zu vereinbaren ist, welche bestimmen, wem überhaupt Parteifähigkeit zuerkannt werden kann, m. a. W. ob sie dem Parteibegriff entsprechen würde.

Nach Wach sind — materielle — Partei nur die Subjekte des im Streite befindlichen Anspruches, der „res in judicium deducta". Hiernach kann die offene Handelsgesellschaft naturgemäß nicht Partei (materiell) sein, wenn sie überhaupt kein Rechtssubjekt ist.

Der Parteibegriff ist jedoch weiter zu fassen und als Partei auch rem in judicium deducens und ist contra quem in judicium deducitur anzusehen.[7])

Ja man könnte sogar den Parteibegriff auch auf bloße „Rechtsgebilde"[8]) ausdehnen und die offene Handelsgesellschaft als ein solches Rechtsgebilde ansehen, wenn damit nicht die Grundsätze über die Parteifähigkeit in Widerspruch ständen.

Während die alte Zivilprozeßordnuug weder über den Parteibegriff noch über die Parteifähigkeit eine Bestimmung enthielt, setzt die neue Zivilprozeßordnung wenigstens den Begriff der Parteifähigkeit fest; § 50 ZPO. bestimmt nämlich: „Parteifähig ist, wer rechtsfähig ist", und macht von diesem Grundsatz in Abs. 2 die Ausnahme: „ein Verein, der nicht rechtsfähig ist, kann verklagt werden, in dem Rechtsstreit hat der Verein die Stellung eines rechtsfähigen Vereins".

An diese Ausnahme wird nun folgendermaßen angeknüpft: Wenn § 50, 2 ZPO. ausspreche, daß ein Rechtsgebilde als

---

[6]) vgl. Wach a. a. O. S. 519.

[7]) vgl. Fischer u. a. Recht und Rechtsschutz S. 45; Schott, Das Armenrecht (Abhandlungen zum PrivR. und Zivilprozeß des Deutschen Reiches; Fischer Bd. 5); Stegemann in der Zeitschr. f. d. Zivilprozeß Bd. 17 (Busch) S. 326; Oetker, Juristisches Literaturblatt 1890 S. 188.

[8]) Rudolph a. a. O. S. 33.

Prozeßsubjekt behandelt werden könne, obgleich es nicht Rechtssubjekt sei, so sei auch bezüglich der offenen Handelsgesellschaft das prinzipielle Hindernis gefallen. Denn so wenig dem Abs. 1 des § 50 ZPO. ausschließende Bedeutung zukomme, so wenig werde man die Ausnahme des Abs. 2 für eine unbedingt einzig dastehende ansehen; es stehe daher einer Parteistellung der offenen Handelsgesellschaft weder der Begriff der Partei noch derjenige der Parteifähigkeit entgegen.[9])

Es wird allerdings, wie besonders hervorgehoben sein mag, aus § 50, 2 nicht die Parteifähigkeit der offenen Handelsgesellschaft selbst, sondern nur die Möglichkeit hierzu gefolgert.

Aber diese Möglichkeit, auf welche die fernere Beweisführung aufbauen muß, ist durch § 50, 2 nicht gegeben. Er läßt vielmehr in seiner unzweideutigen Fassung keinen Zweifel darüber, daß die prozessuale Ausnahmestellung des nicht rechtsfähigen Vereins eine lediglich singuläre ist, und findet seine Rechtfertigung in der Erwägung, daß rechtsfähige und nicht rechtsfähige Vereine gemeinsame Wesenseigentümlichkeiten (längere Dauer des Bestehens, große Mitgliederzahl, Organisation, Unabhängigkeit vom Mitgliederwechsel) besitzen.

Es ist daher kein Raum zu irgendeiner Analogie, am allerwenigsten aber zu einer Analogie mit der offenen Handelsgesellschaft, welcher als einer bloßen Gesellschaftsform prinzipiell jene für einen Verein charakteristischen Merkmale fehlen.

Sieht man jedoch von vorstehenden Bedenken ab, so kommt man über die Schwierigkeit, welche bei einer solchen Parteiauffassung § 129 HGB. bietet, nicht hinweg.

Unter der Voraussetzung, daß ein nicht rechtsfähiges Prozeßsubjekt Partei ist, kann das gegen die offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil nur diesem Prozeßsubjekt gegenüber rechtskräftig werden. Demnach müßte der einzelne Gesellschafter, falls die Gesellschaftsschuld, über die bereits rechtskräftig erkannt worden ist, gegen ihn später geltend gemacht wird, in der Lage sein, aufs neue sämtliche die Gesellschaftsschuld betreffenden Einreden, welche schon im Gesellschaftsprozesse

[9]) Rudolph a. a. O.

vorgebracht worden sind, erheben zu können; denn das frühere Erkenntnis ist dann nicht ihm gegenüber rechtskräftig geworden.

Dieser Auffassung würde aber § 129, 1 HGB. entgegenstehen, wonach ein Gesellschafter, wenn er wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen kann, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können.

§ 10.

Lehnt man eine Parteifähigkeit, die der offenen Handelsgesellschaft als solcher zusteht, ab, so bleibt nur übrig, den Gesellschaftern selbst in einem Prozesse der offenen Handelsgesellschaft die Parteirolle zuzuerkennen. In welchem Sinne dies geschehen kann, wird verschieden beantwortet.

Wach[10]) unterscheidet einen formellen und einen materiellen Parteibegriff. Dem formellen Parteibegriff sei die Eigenschaft einer Personenmehrheit oder Vermögensmasse wesentlich, „als solche“ in eigenem Namen zu klagen oder verklagt zu werden. Ihm komme eine selbständige Bedeutung nur insofern zu, als er auch Erscheinungen, Personenvereine decke, welche nicht Parteifähigkeit in materiellem Sinne hätten, also nicht juristische Personen seien.

Da nach ihm, wie bereits erwähnt,[11]) zwischen Parteibegriff und Rechtssubjektivität eine unlösliche Beziehung besteht, so berechtige diese einer Personenmehrheit zustehende Fähigkeit, unter eigenem Namen als Partei aufzutreten, weil sie durchaus formell erscheine, zu keinerlei Übertragung der aus dem materiellen Parteibegriff folgenden Sätze. Subjekt des Prozesses blieben die unter dem Kollektivnamen begriffenen, materiell berechtigten Gesellschaftsmitglieder, wennschon sie einheitlich repräsentiert würden.[12])

Eine Erscheinungsform eines solchen formell parteifähigen

---

[10]) a. a. O. S. 520.

[11]) vgl. S. 23.

[12]) Nach Arend (Die Parteiqualität der offenen Handelsgesellschaft) hält auch Wach die Möglichkeit materieller Parteifähigkeit bei Rechts-

Personenvereins ist nun nach Wach die offene Handelsgesellschaft. Ihre Parteifähigkeit erscheint ihm also lediglich formell,[13]) materiell sieht er als Partei die einzelnen Gesellschafter an. Da ferner in einem Prozeß, wenn in der Kläger- oder Beklagtenrolle mehrere Personen auftreten, eine sogen. Streitgenossenschaft (einfache oder notwendige) vorliege, so bestehe zwischen den Gesellschaftern in einem Prozesse der offenen Handelsgesellschaft eine notwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 62 ZPO. Denn das streitige Rechtsverhältnis könne allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden.

Bunsen[14]) bezeichnet den formellen Parteibegriff als ein Gewand, in welchem die wahren Parteien einheitlich handelten, und als ein seiner Lösung harrendes Rätsel. Dieser etwas schroffen Charakteristik liegt jedenfalls der wahre Kern zugrunde, daß die Einführung des formellen Parteibegriffes „einem legalisierten Bedürfnis einheitlichen Rechtsschutzes mit Beziehung auf die Vereinsgenossen“ nicht entsprechen dürfte.

Das was Wach mit formellem Parteibegriff bezeichnet, ist für die offene Handelsgesellschaft nichts anderes als der Firmenname und hat lediglich die Bedeutung, daß die Gesellschafter unter dem Kollektivnamen der Firma als unter ihrem kaufmännischen Namen im Prozesse auftreten können.[15])

---

unfähigkeit offen. Diese Auffassung beruht m. E. in einem Mißverstehen der von ihm zitierten Stelle (Wach a. a. O. S. 522 Note 8 S. 2). Nachdem dort Wach ausgeführt hat, daß der Gegensatz zwischen Korporation und organisiertem Personenverein prozessualisch unwesentlich werden kann, wie es auf Grund statutarischer Regelung möglich wäre, fährt er fort: „wir entschlagen uns daher in solchem Falle mit Fug und Recht der Frage, ob der Verein juristische Person ist, und behandeln ihn dieser völlig gleich“. Wach will hiermit sicherlich nur bemerken, daß der Unterschied zwischen formeller und materieller Parteifähigkeit, den man auch in jenen Fällen zu machen habe, unter Umständen prozessual nicht praktisch wird. Wenn daher Arend von der offenen Handelsgesellschaft erklärt, sie sei zwar nicht rechtsfähig, unterscheide sich aber in nichts von einer materiellen Partei im Wachschen Sinne, so ist das wegen der dem materiellen Parteibegriff Wachs eigentümlichen „unlöslichen Beziehung zur Rechtssubjektivität“ unhaltbar.

[13]) Ebenso Planck, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts Bd. 1 S. 210—212.

[14]) Bunsen in Buschs Zeitschr. Bd. 26 S. 200.

[15]) Den formellen Parteibegriff lehnen u. a. für die offene Handels-

Wach zieht daraus, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsprozesse die wahre Partei seien, den Schluß, daß das gegen die offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil auch den Gesellschaftern gegenüber rechtskräftig wird, und daß es infolgedessen auch ohne weiteres in das Privatvermögen jedes einzelnen Gesellschafters vollstreckbar sein müßte.

Diese letzte Folgerung, die schon zur Zeit der Geltung des alten Handelsgesetzbuchs unannehmbar erscheinen mußte, obwohl gesetzliche Bestimmungen hierüber nicht bestanden, ist von dem neuen Handelsgesetzbuch ausdrücklich abgelehnt worden; denn § 129, 4 HGB. bestimmt: „Aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten vollstreckbaren Titel findet die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter nicht statt". [16])

---

gesellschaft ab Schmidt a. a. O. S. 148, 149; Löwenwald, Lehrb. d. ZPO. S. 50 Anm. 2; Neukamp, Handkomm. S. 39/40.

[16]) Die Wachsche Theorie mußte schon zur Zeit der Geltung des alten HGB. aus dreierlei Gründen scheitern: 1. Da das gegen die offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil immer auf den Namen der Firma lautet, nach § 750 (671 a. F.) ZPO. aber eine Zwangsvollstreckung nur beginnen kann, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urteil bezeichnet sind, so kommt Wach zu dem Schluß, man müsse zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in Analogie mit § 727 (665 a. F.) eine Umstellung auf den Namen der einzelnen Gesellschafter vornehmen. Eine solche Analogie kann durch nichts gerechtfertigt erscheinen (vgl. die bei Sydow und Busch zu § 727 ZPO. Anm. 3 zit. Entscheidungen). 2. Wenn Wach weiter annimmt, daß diese Umstellung auf den Namen der einzelnen Gesellschafter dann nicht nötig ist, wenn das Urteil selbst schon auf die Namen der Firmeninhaber lautet, so muß darin außerdem eine Verkennung des Wesens der Firma erblickt werden; denn diese kann niemals die Bedeutung der Bezeichnung einer Einzelperson haben, sondern ist nur eine die Gesellschaft, d. h. die mehreren gemeinsam ihr Handelsgewerbe betreibenden Personen bezeichnende Wortverbindung. 3. Wach verweist die individuellen Einreden des Gesellschafters unter Berufung auf § 767 (686 a. F.) in die Vollstreckungsinstanz. Die Geltendmachung von Einwendungen nach § 767 (686 a. F.) sind jedoch nur insoweit für zulässig erklärt, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen in Gemäßheit der ZPO. spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind. Hiernach könnten Einreden individueller Natur, die vorher entstanden sind, was die Regel sein wird, überhaupt nicht geltend gemacht werden.

Gleichwohl wird heute noch der spezifisch Wach'sche Parteistandpunkt mit den Gesetzesbestimmungen des neuen Handelsgesetzbuchs in Einklang zu bringen gesucht.[17])

Man meint, eine Verurteilung der Gesellschaft bedeute zwar nichts anderes, als eine Verurteilung der Gesellschafter, allein es sei eine besondere Klage gegen den einzelnen Gesellschafter zur Inangriffnahme seines Privatvermögens erforderlich, damit er seine persönlichen Einreden vorbringen könne, und in formeller Hinsicht stände einer Vollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitel der Umstand entgegen, daß nach § 750 ZPO. die Zwangsvollstreckung nur stattfinden könne, wenn die Personen, für und gegen welche sie erfolgen solle, in dem Urteil oder in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel genannt seien.

Zunächst kann es nicht genügend begründet erscheinen, weshalb dem einzelnen Gesellschafter, wenn er im Wach'schen Sinne Partei ist, nicht gestattet sein soll, seine persönlichen Einreden schon während des Gesellschaftsprozesses vorzubringen. Denn wenn sich der gegen die Gesellschaft geltend gemachte Anspruch schlechthin auch gegen ihn richtet, so müßte er auch durch Einreden jeder Art auf die Gestaltung des Rechtsstreites einwirken können.

Den über die Streitgenossenschaft bestehenden Vorschriften würde diese Auffassung wenigstens nicht widersprechen.

Es wird ferner eine Klage gefordert, deren Klagegrund lediglich das eventuelle Vorbringen von Einreden des Beklagten und nicht die in § 129 HBG. vorausgesetzte Solidarhaftung ist. Es würde demnach der Gesellschafter immer dann, wenn er keine persönlichen Einreden vorzubringen hätte, ein zweites Mal verurteilt werden müssen, obwohl bereits das erste Urteil über denselben Anspruch ihm gegenüber rechtskräftig geworden ist.

Im übrigen dürfte der Fall, daß ein Gläubiger zur Wahrung der Rechte seines Schuldners eine Klage anstellen muß, vollständig vereinzelt dastehen.

---

[17]) vgl. Bachmann, Der Prozeß der offenen Handelsgesellschaft, Inaug.-Diss. Rostock 1905; Wendhausen, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß, Inaug.-Diss. Heidelberg 1907.

Eine Klage aber, die eine Umschreibung des Urteils auf den Namen des einzelnen Gesellschafters herbeiführen wollte, wäre unzulässig, da eine derartige Umschreibung überhaupt nicht möglich ist.

§ 11.

Auch das Reichsgericht weist konstant den Gesellschaftern die Parteirolle zu,[18]) weicht aber insofern von der Wach'schen Auffassung ab, als es die Gesellschafter nur insoweit als Partei ansieht, als sie mit dem Gesellschaftsvermögen haften, oder wie Staub[19]) ausführt, insofern sie sich zur Gesellschaft vereinigt hätten und Gesamteigentümer eines den Zwecken der Gesellschaft gewidmeten Vermögens seien.

Dieser Standpunkt des Reichsgerichts muß namentlich aus den Entscheidungen Bd. 5 S. 70 ff. und Bd. 34 S. 360 ff. in Verbindung mit Bd. 49 S. 343 abgeleitet werden.

Die zuletzt genannte Entscheidung vom 13. 4. 1901 ist deshalb hier von Bedeutung, als aus ihr hervorgeht, daß das Reichsgericht seinen zur Zeit des alten Handelsgesetzbuchs eingenommenen Standpunkt im wesentlichen nicht geändert hat.

Nach der Entscheidung Bd. 5 S. 70 wird zugelassen, daß der einzelne Gesellschafter als Nebenintervenient die Verteidigung der Gesellschaft übernehmen könne.

Der Intervenient müsse zwar grundsätzlich ein von den Parteien verschiedener Dritter sein, während doch jeder Gesellschafter durch die Klage gegen die Gesellschaft mitbelangt werde. Allein das gelte nicht nach allen Richtungen hin; soweit der Gesellschafter mit seinem Privatvermögen hafte, sei er weder durch die Klage gegen die Firma belangt noch durch die Vertreter der Gesellschaft vertreten, und doch präjudiziere ihm das die Gesellschaft verurteilende Erkenntnis auch nach dieser Richtung. Insofern erscheine er formell als Dritter und sein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits evident.

Nach der Entscheidung Bd. 34 S. 360 ff. sind die Liquidatoren gesetzliche Vertreter der Gesellschafter.

[18]) vgl. RGE. Bd. 35 S. 389, Bd. 46 S. 439, Bd. 49 S. 426; ihm folgt Staub a. a. O. zu § 124 HGB. A. 6.

[19]) a. a. O.

Zunächst kann man diesen Entscheidungen in der Sache selbst nicht beitreten.

Im ersten Falle ist der durch § 66 ZPO. geforderten Voraussetzung für die Zulassung einer Nebenintervention nicht genügt.

Nach § 66 ZPO. kann derjenige, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten. Da aber selbst nach der vom Reichsgericht vertretenen modifizierten Parteistellung der Intervenient in der unterstützten Partei nicht lediglich „andere Personen" vor sich hat, sondern selbst zur Partei gehört, hätte das Reichsgericht die Zulässigkeit einer Nebenintervention verneinen müssen.

Auch die zweite Entscheidung kann, da unser Recht eine gesetzliche Vertretung Geschäftsfähiger nicht kennt, nur auf der Erwägung beruhen, daß die Gesellschafter im Gesellschaftsprozeß nur bezüglich des Gesellschaftsvermögens Partei seien und sich daher insoweit nicht durch Verträge verpflichten könnten.

Die Gesellschafter können sich jedoch auch hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens durch Verträge verpflichten, insofern sie nämlich mit ihrem Anteil daran haften. Daß sie nicht die übrigen Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft durch einen von ihnen abgeschlossenen Vertrag verpflichten können, ist kein Mangel ihrer Handlungsfähigkeit, sondern ein Mangel ihrer Dispositionsmacht.[20])

Das Reichsgericht ist übrigens auch sonst in der Anwendung seines Parteiprinzipes nicht konsequent.

So hat nach den Entscheidungen Bd. 35 S. 389, Bd. 46 S. 39, Bd. 49 S. 426 die liquidationslose Auflösung der offenen Handelsgesellschaft während des Prozesses auf die Parteirolle keinen Einfluß, die Gesellschafter würden dann einfache Streitgenossen.

Gegen diese Annahme muß jedoch sprechen, daß dann, wenn sich die Gesellschaft durch Überlassung des Gesellschaftsvermögens an einen Sozius auflöst, keine unter der Firma vereinigte

---

[20]) Rudolph a. a. O.

Gesamtheit mehr vorhanden ist, die insoweit Partei ist, als sie mit dem Gesellschaftsvermögen haftet. Es könnte doch hier mit dem Gesellschaftsvermögen nur sein nunmehriger Inhaber haften.[21])

Sieht man jedoch von den vorstehenden Bedenken ab und unterstellt eine konsequente Anwendung des zugrunde gelegten Prinzipes, so ist eine Beschränkung der Parteistellung schon an und für sich nicht vorstellbar. Denn entweder sind die Gesellschafter Partei oder sie sind es nicht.

Das Reichsgericht muß folgerichtig auch die Rechtskraftwirkung auf die von ihm angenommenen Parteien beschränken und findet scheinbar dadurch eine Bestätigung für seine Ansicht, daß aus dem die Gesellschaft verurteilenden Erkenntnis unmittelbar eine Zwangsvollstreckung in das Privatvermögen der Gesellschafter ausgeschlossen ist.

Eine derartige beschränkte Rechtskraftwirkung würde den Grundsätzen der Rechtskraft widersprechen. Denn das Urteil zwischen den Subjekten einer Gesellschaftsobligation (der Gesellschaft und ihrem Gläubiger oder Schuldner) hat seine volle Wirkung als rechtskräftige Feststellung oder Negation des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses für den Gesellschafter, unangesehen, ob es in sein ganzes Vermögen oder nur in einen Teil desselben vollstreckbar werden kann.[22])

---

[21]) vgl. Staub a. a. O. S. 398 zu § 124 A. 13 und Behrend a. a. O. § 74 Nr. 8.

[22]) vgl. Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft S. 385. Auch Anhänger des Wachschen Parteistandpunktes (z. B. Wendhausen a. a. O.) kommen zu einem derartigen Kompromiß zwischen Nichtwirkung und voller Wirkung der Rechtskraft, indem nach ihrer Ansicht das Urteil zwar seine volle Wirkung gegen die Gesellschafter äußere, jedoch mit der Beschränkung, daß der einzelne Gesellschafter seine persönlichen Einreden vorbringen könne. Mit Recht meint dagegen Mendelssohn-Bartholdy a. a. O.: „Wenn A eine Forderung von 100 gegen die Gesellschaft B geltend macht, so wird nicht darüber gestritten, ob C ein Mitglied der Gesellschaft oder sonst irgendwie verpflichtet ist, Schulden der Gesellschaft zu decken. Man würde es absurd finden zu sagen, daß ein Urteil gegen den Autor nur unter dem Vorbehalt seiner Einrede, er sei gar nicht Sukzessor, binde".

Dritter Abschnitt.

§ 12.

In einem Prozesse, den ein Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschaft führt, sind die Gesellschafter in ihrer Gesamthandvereinigung beklagte Partei.

Mit dieser Auffassung wird einerseits der Wach'sche Parteistandpunkt insofern vertreten, als auch hier die Gesellschafter die Subjekte der res in judicium deducta sind, andrerseits aber wird eine Beschränkung ihrer Parteistellung abgelehnt.

Die Eigentümlichkeiten, welche ein die offene Handelsgesellschaft verurteilendes rechtskräftiges Erkenntnis hat, erklären sich lediglich aus der Natur des gegen eine Gesamthandvereinigung unter deren Firma gerichteten Anspruches.

Die Klage eines Gesellschaftsgläubigers gegen die Gesellschaft vermag die Parteistellung der Gesellschafter nicht zu beschränken, da die Gesellschafter dadurch, daß sie sich zu einer Gesellschaft vereinigen, keine Einbuße an ihrer Rechtsfähigkeit erleiden können, wohl aber beschränkt der Gläubiger, gleichgültig ob es in seiner Absicht liegt oder nicht, seinen Anspruch auf den diesem Rechtsgebilde zustehenden Vermögensbestand.

Es wird daher das gegen eine offene Handelsgesellschaft ergangene Urteil gegen die Gesellschafter rechtskräftig, soweit über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch[1]) entschieden worden ist.

Daraus ergibt sich zunächst, daß die Gesellschaft naturgemäß einer erneuten Klage desselben Gesellschaftsgläubigers

---

[1]) vgl. S. 2 Anm.

wegen desselben bereits rechtskräftig entschiedenen Anspruches mit der exceptio rei judicatae begegnen kann.

Wenn auch Rechtskraft und Vollstreckbarkeit in einem natürlichen Zusammenhang stehen,[2]) so kann man nach dem, was über die Natur des gegen eine offene Handelsgesellschaft gerichteten Anspruches gesagt worden ist, nicht folgern, daß das die offene Handelsgesellschaft rechtskräftig verurteilende Erkenntnis in das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckbar sein müßte, weil es gegen diese rechtskräftig geworden ist. Es hieße das dem Anspruch, über den das rechtskräftige Urteil entschieden hat, eine über seinen wahren Inhalt hinausgehende Bedeutung geben.

Ebenso wie es der Natur dieses Anspruches als eines gegen die offene Handelsgesellschaft gerichteten Anspruches entspricht, daß im Prozesse der Gesellschaftsgläubiger nur die Gesellschaftsschuld betreffenden Einreden gegen sich gelten zu lassen braucht, so ist auch das Urteil über diesen Anspruch nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar (§§ 124, 2, 129, 4 HGB.).[3])

Gleichwohl ist das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters dem Zugriff des Gesellschaftsgläubigers nicht dadurch entzogen, daß dieser zuerst seine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen sucht. Nur bedarf es, wenn der die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen betreibende Gesellschaftsgläubiger keine oder keine genügende Befriedigung erlangt und er sich nun an das Privatvermögen des einzelnen Gesellschafters halten will, einer besonderen Klage gegen diesen. Dasselbe gilt für den Fall, daß der Gesellschaftsgläubiger nach rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft den einzelnen Gesellschafter in Anspruch nimmt, ohne die Vornahme einer Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen zu versuchen.

Diese neue Klage gegen den einzelnen Gesellschafter ist nicht lediglich deshalb erforderlich, weil das die offene Handels-

---

[2]) vgl. S. 2.

[3]) Es ist bereits darauf hingewiesen worden, wie sich die abweichende Bestimmung des § 736 ZPO., daß zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil erforderlich ist, erklären läßt; vgl. S. 8 Anm. 10.

gesellschaft verurteilende Erkenntnis auf die Gesellschaftsfirma lautet und daher eine Zwangsvollstreckung gegen den einzelnen Gesellschafter der Bestimmung des § 750 ZPO. widersprechen würde, sondern weil der gegen einen einzelnen Gesellschafter geltend gemachte Anspruch ein anderer ist als derjenige, welcher sich gegen die offene Handelsgesellschaft selbst richtete.

In dem Prozeß gegen die offene Handelsgesellschaft handelte es sich um die Verurteilung der Gesellschaft auf Grund der eingegangenen Gesellschaftsverpflichtung, während mit der zweiten Klage die Verurteilung des einzelnen Gesellschafters zwar zu derselben Leistung, aber auf Grund seiner Solidarhaft angestrebt wird. Klagegrund für die zweite Klage ist also die Solidarhaft in Verbindung mit dem die offene Handelsgesellschaft verurteilenden rechtskräftigen Erkenntnis.

Soweit nun diese Klage sich auf die bereits rechtskräftige Verurteilung der Gesellschaft stützt, kann der Gesellschafter Einreden dagegen nicht erheben. Denn insoweit es sich um dieselbe Rechtsfrage handelt,[4]) ist das frühere Erkenntnis in dem Vorprozesse auch ihm gegenüber rechtskräftig geworden. Das Bestehen der Gesellschaftsschuld kann er also nicht mehr leugnen; täte er es, so hätte der Gegner die replicatio rei judicatae. Persönliche Einreden dagegen (z. B. Stundung, Erlaß usw.) kann er nach Belieben vorbringen.[5])

Daher bestimmt § 129 HGB. im Abs. 1: „Wird ein Gesellschafter wegen einer Verbindlichkeit der Gesellschaft in Anspruch genommen, so kann er Einwendungen, die nicht in seiner Person begründet sind, nur insoweit geltend machen, als sie von der Gesellschaft erhoben werden können".

Die Notwendigkeit einer Klage gegen den einzelnen Gesellschafter zur Inanspruchnahme seines Privatvermögens

---

[4]) vgl. Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1895, S. 5.

[5]) Ist der Gesellschaftsgläubiger mit seiner Klage rechtskräftig abgewiesen, so hat der Gesellschafter, falls nun gegen ihn jene angebliche Verbindlichkeit eingeklagt wird, die exceptio rei judicatae. Denn die Entscheidung, daß eine Gesellschaftsschuld nicht bestehe, ist ihm gegenüber bereits rechtskräftig geworden.

nach rechtskräftiger Verurteilung der Gesellschaft widerspricht im übrigen auch nicht der Billigkeit; denn der Gesellschaftsgläubiger hätte von vornherein die Klage gegen den einzelnen Gesellschafter mit derjenigen gegen die Gesellschaft verbinden können.

§ 13.

Es ist noch darauf einzugehen, welchen Einfluß ein Mitgliederwechsel auf den Umfang der Rechtskraft ausübt.

Werden die neueintretenden Gesellschafter sowie die ausscheidenden von den Wirkungen der Rechtskraft mit ergriffen?

Gegen alle, welche während der Dauer des Prozesses der Gesellschaft angehört haben, entsteht durch den Prozeß Rechtshängigkeit, und deshalb wirkt auch das Urteil gegen diese.

Daraus ist zu folgern, daß das Urteil gegenüber demjenigen nicht Rechtskraft erlangt, der vor Beginn des Prozesses aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Ein Ausscheiden während des Prozesses (vorausgesetzt, daß sich die Gesellschaft nicht auflöst) enthält dagegen keine Befreiung von den Folgen des Prozesses, der auch gegen ihn anhängig geworden ist. Der Ausscheidende bleibt an allen unerledigten Rechtsverhältnissen beteiligt und wird durch die verbleibenden Gesellschafter vertreten (§ 740 BGB.).

Gesetzlich ausdrücklich anerkannt ist die Rechtskraftwirkung gegenüber dem in die Gesellschaft Neueintretenden (§ 130 HGB.). Es ist das eine aus der Solidarhaft entspringende notwendige Konsequenz; denn der Gesellschaftsgläubiger muß in die Lage versetzt sein, seine Forderung gegen jeden einzelnen Gesellschafter geltend machen zu können, ohne erst nachforschen zu müssen, wie lange jeder einzelne Gesellschafter der Gesellschaft angehört.

Mindestens ungenau ist die Ansicht des Reichsgerichts (Entsch. Bd. 3 S. 57), daß dem Urteil nur Rechtskraft gegen die „aktuellen“ Gesellschafter zukomme.

Soll damit gemeint sein, daß das Urteil gegen alle Gesellschafter rechtskräftig wird, welche während der Dauer des

Prozesses der Gesellschaft angehört haben, so entspricht das der vorerwähnten hier vertretenen Auffassung.

Der Kreis der von der Rechtskraft ergriffenen Personen würde jedoch vom Reichsgericht zu eng angenommen sein, wenn die nach Beginn der Rechtshängigkeit ausscheidenden Mitglieder von den Wirkungen der Rechtskraft nicht mit betroffen sein sollten.

§ 14.

Bei der umgekehrten Frage, ob das gegen einen Gesellschafter ergangene Urteil Rechtskraft gegen die Gesellschaft erlange, ist zu unterscheiden, ob der Gesellschafter wegen einer mit seinem Gesellschaftsverhältnis in keinem Zusammenhange stehenden Schuld oder auf Grund seiner Haftung für die Gesellschaftsschulden verklagt wird.

Im ersten Falle wird naturgemäß die Gesellschaft durch das gegen den Gesellschafter ergangene Urteil nicht berührt, und es ist auch, wie bereits erwähnt, selbst ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urteil nicht in das Gesellschaftsvermögen vollstreckbar.

Was den zweiten Fall anbelangt, so werden alle Gesellschafter als einzelne wegen einer Gesellschaftsschuld wohl selten in Anspruch genommen werden, da man sich in der Regel dann eher gegen die Gesellschaft wenden wird.

Es liegt die Annahme nahe, daß bei einer rechtskräftigen Verurteilung aller einzelnen Gesellschafter dem Gesellschaftsgläubiger zu seiner Befriedigung auch das Gesellschaftsvermögen offen stehen müßte. Es entspricht jedoch der Geschlossenheit des Gesellschaftsvermögens, daß es nur dann der Zwangsvollstreckung zugänglich ist, wenn der Anspruch auch tatsächlich gegen die Gesellschaft als solche gerichtet war. Man wende nicht dagegen ein, daß auch bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts das Gesellschaftsvermögen eine auf derselben rechtlichen Grundlage der Gesamthandnatur beruhende geschlossene Einheit bilde, eine Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen aber hier erfolgen könne, wenn ein gegen alle Gesellschafter

gerichteter vollstreckbarer Titel vorliegt. Denn bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann der Unterschied zwischen einem Anspruch gegen die Gesellschaft und einem solchen gegen die Gesellschafter nicht zum Ausdruck kommen, weil im Gegensatz zur offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter des bürgerlichen Rechts in jedem Falle nur als einzelne verklagt werden können. Wollte man daher das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts der Zwangsvollstreckung überhaupt erschließen, so war es nur in der Weise möglich, sie immer auf Grund eines gegen alle Gesellschafter gerichteten vollstreckbaren Titels für zulässig zuerklären (vgl. S. 8 Anm. 10).

Eine besondere Klage gegen die offene Handelsgesellschaft wäre daher erforderlich, wenn der Gesellschaftsgläubiger das Gesellschaftsvermögen zu seiner Befriedigung in Anspruch nehmen wollte. In diesem neuen Prozeß kann aber die Gesellschaft die Gesellschaftsschuld betreffende Einreden nicht mehr erheben; denn über die Gesellschaftsschuld ist bereits entschieden worden, und insoweit ist der Anspruch den Gesellschaftern gegenüber rechtskräftig.[6])

Wird ein einzelner Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsverbindlichkeit verklagt, so wird das Urteil gegen die Gesellschaft rechtskräftig, wenn er zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist, andernfalls aber nicht, da die Gesamtheit der übrigen Gesellschafter sonst in ihren Rechten gekürzt werden würde.

---

[6]) vgl. S. 34.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.